



Kleber Sales

44

# A NOVA ORIENTAÇÃO POLÍTICO- CRIMINAL PARA O CRIME DO USO DE DROGA

Isaac Sabbá Guimarães

## RESUMO

Alega que, com o novo regime legal anti-drogas, não ocorreu a descriminalização das condutas relacionadas com o uso, tampouco uma evolução significativa no campo preventivo penal, salvo a inclusão de um sistema punitivo *sui generis*, de caráter duvidoso e de efeitos simbólicos. Entende que a norma do art. 28 da Lei n. 11.343/2006 revela a descrença do próprio legislador na sanção penal como mecanismo apto a proteger a saúde pública, pois, apesar de estabelecer uma categoria *sui generis* de sanção penal, manteve, pretendendo um efeito meramente simbólico, a ameaça de imposição de penas para as condutas desviantes. Questiona acerca da eficácia dessas penas, que, a seu ver, carecem de carga preventivo-especial, uma vez que não conduzem o reeducando à ressocialização nem resultam na sua conscientização a respeito dos efeitos prejudiciais do uso reiterado da droga.

## PALAVRAS-CHAVE

Direito Penal; droga – consumo, usuário; saúde pública; Lei n. 11. 343/2006 – art. 28; PL n. 7.134/2002 – art. 22 ; sanção penal; medida educativa.

Com a entrada em vigor do novo regime legal antidrogas, ocorreu a ebulição de opiniões desfavoráveis ao tratamento político-criminal dispensado ao infrator usuário. A mídia chegou a divulgar, erroneamente, a descriminalização daquelas condutas tendentes ao uso de drogas, tentando, dessa forma, polemizar um tema amplamente discutido por diversos segmentos da sociedade, não apenas formados por juristas, mas por profissionais da saúde e da educação, em nível mundial, de forma desapaixonada, responsável e bastante realista.

No entanto, o enfoque foi absolutamente apressado, com equívoco grosseiro sobre a política criminal, para além de ter patinado no **pré-juízo** acerca das extensões de danosidade desse crime, ainda visto por alguns juristas brasileiros de alto coturno como um fator criminógeno. Não houve a descriminalização das condutas relacionadas com o uso, mas, também, nenhuma evolução significativa ocorreu no campo da prevenção penal, salvo a inclusão de um *tertium genus* de pena, de caráter duvidoso e de efeitos – já podemos prever – simbólicos. Se, por um lado, o legislador penal deixou de enfrentar a descriminalização das condutas relacionadas com o uso de drogas, por outro, deixou de estabelecer uma política criminal séria no sentido de estabelecer a prevenção penal. Daí começam a surgir nossos problemas: que discurso vai subliminarmente aderido à posição oficial assumida pela *auctoritas*? Que tratamento penal pode ser dispensado ao infrator usuário ou dependente de drogas? Que políticas jurídicas podem ser realizadas no plano concreto da atividade jurídico-jurisdicional?

O crime descrito no art. 28 da Lei n. 11.343/06, referido em nossa tradição penal como crime de uso (que, a rigor, não pune propriamente o uso, mas todas aquelas condutas relacionadas com o consumo de drogas, como sua aquisição e guarda e seu transporte), é já categorizado como crime menor (art. 48, § 1º, da Lei n. 11.343/06). Mas desde o

antigo regime legal, quando a modalidade criminosa vinha definida pelo art. 16 da Lei n. 6.368/76, o conteúdo sancionador enformava-se ao conceito de crime de menor potencial ofensivo, já que se operou uma política jurídica nos tribunais que considerou aplicável à espécie o disposto no art. 2º da Lei n. 10.259/01 (Lei dos Juizados Especiais Criminais Federais). As repercussões penais eram pequenas, do ponto de vista de prevenção especial negativa, embora a política criminal oficial se alinhasse com os termos da Convenção Única sobre Entorpecentes, de 1961, quando se entendia que a posse de drogas constituía um autêntico fator criminógeno a ser combatido com punição restritiva de liberdade (art. 36, 1, da Convenção).

Havia, portanto, uma paradoxal política jurídica traçada pelos tribunais: por um lado, entendia-se inaplicável o princípio da insignificância, punindo-se a conduta do agente embora a quantidade de droga apreendida fosse ínfima e sequer se justificasse aí uma intenção de uso ou perigo para o bem jurídico-penal tutelado<sup>1</sup>. Por outro lado, as repercussões penais decorrentes da desjudicialização eram (e continuarão a ser sob o novo regime legal) atenuadas (evitando-se inquérito policial, o rito e toda a carga intimidante dele decorrente e o próprio papel pedagógico inscrito na realização do direito mediante atividade jurídico-jurisdicional), não se logrando com a transação penal nem os efeitos de prevenção geral, nem os de prevenção especial.

**(...) a moderna orientação adotada pela auctoritas nos projetos de lei que trataram do regime antidrogas não avançou com nenhuma estratégia de descriminalização, mas, também, não foi coerente com os postulados do law and order (...)**

Desse breve apanhado da história político-criminal, podemos dizer que a moderna orientação adotada pela *auctoritas* nos projetos de lei que trataram do regime antidrogas não avançou com nenhuma estratégia de descriminalização,

mas, também, não foi coerente com os postulados do *law and order*, deixando de imprimir, portanto, um caráter intimidador nas sanções previstas para as condutas relativas ao uso. Manteve o crime, contudo, erigindo um sistema punitivo *sui generis* que, com toda a certeza, criará embaraços para a realização da atividade jurídico-jurisdicional. Vejamos, então, o que há de novo.

O longo processo legislativo do atual regime antidrogas iniciou-se com Projeto governamental n. 6.108/2002, seguido do Projeto de Lei n. 7.134/2002, da Câmara dos Deputados, que mantiveram a criminalização das condutas relacionadas com o uso de drogas, mas com imperfeições gritantes. Esse Projeto incluía como elemento integrante do conceito de crime a expressão “pequena quantidade”, o que, em primeiro lugar, conduziria o problema da tipificação para uma zona de imprecisão (o que é pequena quantidade? Como estabelecer um padrão conceitual de pequena quantidade de droga?) e, em segundo lugar, a **pequena quantidade** de droga não se prestaria a distinguir tráfico da mera conduta tendente ao uso (há os passadores de droga que a **guardam** ou a **trazem consigo** em pequenas quantidades e há usuários que fazem estoque dela). Esses, no entanto, não constituem a totalidade dos problemas. O legislador pretendeu submeter o infrator a **medidas de caráter educativo** (art. 22 do PL n. 7.134/2002), como “comparecimento a programa ou curso educativo”, a “proibição de frequência a

determinados lugares” e o tratamento, imbricando (ou, talvez, confundindo) tratamento penal com políticas oficiais de tratamento e de ressocialização de usuários e dependentes. Era algo estranho: as condutas tendentes ao uso esta-

vam catalogadas entre os crimes, mas em vez de sanção penal se aplicaria medida educativa. Coisas desse nosso legislador fabuloso, que vê a lei penal como a solução dos problemas sociais, mesmo não estando firmemente convicto de sua eficácia. Pior: ao que parece, todo o trabalho legislativo não se fez precedido de um estudo sério de criminologia que, em outros sistemas jurídico-penais, tem já apontado um equacionamento eficiente entre custos e benefícios da criminalização do uso. O fato lamentável é que nosso laborioso legislador mitifica a lei e a usa como forma de dar respostas aos reclamos da sociedade, daí que certas normas, em vez de estarem em consonância com a esfera histórico-sociocultural, são apenas retalhos mal-costurados de importações ou a expressão mais simples de emprestar caráter de juridicidade a fenômenos problemáticos melhor solucionáveis por outros meios de controle social.

A redação definitiva da Lei, que se consolidou a partir do Projeto do Senado n. 115, de 2002, extirpou algumas excentricidades da norma penal, deixando de exigir, para a perfectibilização do crime, a apreensão de **pequena quantidade** de droga, para além de estipular a sujeição do infrator não a medidas de caráter educativo, mas a sanções penais. Isso ao menos sob o aspecto estritamente formal, pois a lei criou, em boa verdade, um *tertium genus* de pena que não se conforma à tipologia tradicional por nós conhecida<sup>2</sup>.

As “penas” a que se submeterá o infrator carecem de carga preventivo-especial. Nem conduzirão o reeducando à ressocialização, nem lhe impingirão um dever-ser de disciplina conforme à noção ético-social, devido, por um lado, ao caráter meramente simbólico das “penas”. Não acreditamos que uma advertência aplicada pelo juiz ao reeducando terá efetividade para conscientizá-lo dos efeitos prejudiciais provocados pelo uso reiterado de droga. Mesmo a medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo (que, devido à falta de definição legal, precisará ser preenchida pela política jurídico-legal ou jurídico-jurisdicional, para lhe dar substância) não resultará proveitosa se o reeducando estiver relutante e não se interessar pelo curso.

### *Era algo estranho: as condutas tendentes ao uso estavam catalogadas entre os crimes, mas em vez de sanção penal se aplicaria medida educativa.*

O usuário ou a pessoa dependente sabe perfeitamente dos males provocados pelas drogas, mas, tal como o fumante ou o alcoólatra, dispõe de sua saúde, fazendo opções de vida que nem sempre se conformam a um determinado padrão ético. E muitas vezes seu problema é verdadeiramente de saúde, de forma que as “penas” de nada lhe servirão. Por outro lado, a ineficácia das “penas” advirá de problemas estruturais, pois os juízos criminais não dispõem, via de regra, de um programa de prestação de serviços à comunidade (que, para o caso específico desta Lei, deverá ser (...) *cumprida em programas comunitários, entidades educacionais ou assistenciais, hospitais* (...), que se ocupem, preferencialmente, da prevenção do consumo ou da recuperação de usuários e dependentes de drogas) e os municípios, por sua vez, não mantêm rede de entidades de prevenção ou de tratamento de toxicômanos. Os programas ou

curso educativos carecem não só de definição, mas de estruturação adequada para atender a reeducandos penais.

Essas são apenas algumas das dificuldades que divisamos em nosso horizonte jurídico-penal, numa rápida passada de olhos pelo art. 28 da Lei n. 11.343/2006. Há outras que requerem aturado esquadramento de políticas jurídicas para que se evite o (completo) malogro dos objetivos previstos na Lei. Uma delas, *v.g.*, relaciona-se à atividade jurídico-jurisdicional na fase de execução das “penas”, quando, na hipótese do não-cumprimento injustificado por parte do reeducando, tiver o juiz de aplicar, sucessivamente, admoestação verbal e multa, mecanismos jurídico-legais que igualmente padecem de efetividade e que, na prática, correm o risco de substituir as “penas” que forem atribuídas ao infrator.

Quando discretemos sobre esses problemas que se instalarão na práxis jurídico-jurisdicional (e, como mais acima referimos, são apenas alguns que antevimos; muitos outros, certamente, se avizinharão da atividade profissional de juízes, promotores e autoridades policiais), fica-nos uma pergunta que adere ao conjunto problemático até aqui desenvolvido: será que o legislador penal não conseguiu ter uma perfeita noção das conseqüências (de peso), para o mundo jurídico, do estabelecimento dessa nova política criminal que, a todas as luzes, não se coaduna com as proposições da criminologia moderna? Ou, em outras palavras, será que durante o processo legislativo não se percebeu a inocuidade do trato do fenômeno da toxicodependência (ou, simplesmente, do uso de drogas) pelo viés jurídico-penal?

Parece-nos pouco provável que o decisionismo jurídico-legislativo tivesse se radicado numa perspectiva puramente reducionista de enfrentamento do problema do uso de drogas, como se ele fosse um autêntico problema criminal. Não, o legislador não foi acometido de cegueira. Pelo contrário. Tinha ele a perfeita noção da ineficácia das penas para essa modalidade de problema social. Tanto é que evitou estabelecer um regime penal nos moldes tradicionais, criando medidas de caráter educativo (mais tarde, na redação definitiva dada à lei, dissimuladas com o emprego do termo “penas”). E aqui, nessa dialética operada durante o processo legislativo, está a chave para desvendarmos o que, de fato, vai insito no *télos* do art. 28.

O discurso do legislador – por conseqüência, o próprio discurso jurídico-legal – torna-se impregnado de aspectos muito peculiares, que decorrem de sua circunstância histórico-político-social. Por um lado, a lei é uma imposição cada vez mais real num Estado que se quer de Direito e democrático, e abre a noção (embora muitas vezes ilusória, porque padecemos nos dias de hoje da falácia jurídico-legal, aquela que promete a solução para todos os problemas sociais por meio da **norma normada** pelo legislador) de segurança jurídica, de maneira que têm sobrado poucos espaços para decisões de caráter técnico-político.

A segurança pública, por exemplo, é uma das áreas que pode ser tratada mediante ações políticas. A implementação de mecanismos preventivos para a saúde pública é outra matéria a ser inserida aí, na área das atividades técnico-políticas do poder político. E não entendemos impossível a criação desses mecanismos, inclusive para mitigar os males provocados pelo consumo de drogas (por meio do serviço social ou pela criação



de sistemas multidisciplinares, v.g.). No entanto, o mito da lei exige a operosidade do legislador, que, por outro lado, vê-se na contingência de dar alguma resposta para a sociedade, realizando aquilo que Silva Franco denuncia como “função simbólica” do Direito Penal<sup>3</sup>.

Mostra-se, por meio da lei, que algo é feito para debelar os problemas sociais, mas, em boa verdade, apenas impinge-se à sociedade uma falsa crença. E sabe perfeitamente o legislador penal que o Estatuto do Desarmamento não colocará fim à criminalidade brutal que assola o País, assim como a aplicação de pena aos usuários ou dependentes de drogas não expressa, por um lado, os efeitos preventivo-especiais (de ressocialização e de mitigação do fenômeno desviante) e, por outro, não protege o bem jurídico saúde pública. No entanto, ele obstina-se em transmitir à sociedade uma impressão de estar atento e decidido em relação a esses problemas. Em muitas circunstâncias, o legislador recorre à operação jurídico-penal para produzir um mero efeito simbólico na opinião pública, um impacto psicossocial, tranquilizador para o cidadão e não para proteger com eficácia os bens jurídicos fundamentais para a convivência<sup>4</sup>.

No caso específico tratado, acresce-se uma outra dificuldade: o legislador chegou a uma encruzilhada onde, para além da opinião pública, estão presentes um caminho sem consistente pavimento de política criminal e um outro muito mal traçado de criminologia (ou será que existe entre nós estudos sérios sobre fatores criminógenos e desvios sociais?). Nessa encruzilhada não há saída para uma política de descriminalização delimitada pela criminologia e pelos princípios axiológicos contidos na Constituição<sup>5</sup>. De forma que o legislador se resigna (quem sabe talvez se celebre) com a produção da lei.

No entanto, a norma contida no art. 28 da Lei n. 11.343/2006 revela, subliminarmente, a descrença do próprio legislador na sanção penal como mecanismo apto a proteger o bem jurídico saúde pública. E, apesar de estabelecer uma categoria *sui generis* (talvez melhor diremos, simbólica) de sanção penal, manteve, pretendendo um efeito meramente simbólico, a ameaça de imposição de “penas” para as condutas desviantes, categorizadas como crime.

Mas, voltamos a perguntar: que eficácia preventivo-especial há, v.g., na imposição da “pena” de “advertência sobre os efeitos das drogas”? Que alcance terá essa

mesma “pena” para a proteção do bem jurídico-penal saúde pública? O legislador penal sabe tão bem quanto qualquer operador do Direito as respostas. Deixemo-las de lado, pois não precisamos percorrer o caminho das obviedades (isso tem ocupado a atenção da mediocracia atual). Qual, então, o *logos* presente neste novo e surpreendente discurso jurídico-legal?

A questão pode ser equacionada assim: o legislador, em boa verdade, deixou de enfrentar abertamente o problema político-criminal em torno do velho dilema entre as políticas de criminalização e de descriminalização, mas, por um lado, ao manter o crime de uso na nova Lei Antidrogas, realizou um discurso subjacente de desjudicialização (o autor do fato não será submetido ao rito do processo judicial, pois, via de regra, tudo poderá esgotar-se na audiência preliminar no juizado especial, com a transação da “pena”) e de despenalização (pois que estará o autor do fato sujeito a – digamos de forma mais honesta – medidas de caráter educativo – lógico, de valor duvidoso) e, por outro lado, aposta ele numa solução a longo prazo de política jurídica a ser realizada não nos domínios da lei – da atividade jurídico-legal –, mas da atividade jurídico-jurisdicional. Expliquemos melhor. Tudo leva a crer que os juizes encontrarão enormes dificuldades para, a curto prazo, criar programas de prestação de serviços à comunidade e programas ou cursos educativos nos moldes exigidos pela lei. Problemas estruturais presentes na maior parte dos municípios brasileiros serão o grande obstáculo, de modo que será mais freqüente (e factível) a transação da “pena” de advertência, implicando isso a prática de uma política jurídica verdadeiramente despenalizadora.

Como se pode perceber, o conjunto de problemas gerados em torno do tipo penal definido pelo art. 28 da Lei n. 11.343/2006 é complexo e exige uma mediação político-criminal calcada em elementos mais sólidos de criminologia e na consolidação do entendimento das normas de caráter constitucional-penal. Se não for adequadamente abordado por uma intervenção do legislador penal, encontrará, como tudo leva a crer, uma solução ditada pela práxis jurídico-jurisdicional (a política jurídica dos juizes), mas que, como facilmente se pode prever, será a condição de esvaziamento da norma penal, originando aquilo que Bobbio refere como categoria de norma válida, mas sem eficácia. E gera-

rá, mais uma vez, a mais rotunda humilhação da norma jurídico-penal.

## NOTAS E REFERÊNCIAS

- 1 TJMG – 1ª C. Crim. 209.379-7/00, rel. Des. Lauro Bracarense, DJMG 06.04.2001; TJSP – 3ª C. Crim. – A. Crim. 273.885.3/6 – Rel. Des. Walter Guilherme.
- 2 Para um exame mais aturado da questão, SABBÁ GUIMARÃES, Isaac. *Nova lei antidrogas comentada: crimes e regime processual penal*. Curitiba: Juruá, 2006. p. 14 e ss.
- 3 FRANCO, Alberto Silva. Do princípio da intervenção mínima ao princípio da máxima intervenção. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, ano 6, fasc. 2º, p. 175-187, abr/jun. 1996.
- 4 Antonio Garcia-Pablos, *apud* FRANCO, *op. cit.*, p. 182-183.
- 5 SABBÁ GUIMARÃES, Isaac. *Dogmática penal e poder punitivo: novos rumos e redefinições* (em busca de um Direito Penal eficaz). 2. ed. Curitiba: Juruá, 2001. p. 76 e ss.

Artigo recebido em 26/03/07.

## ABSTRACT

The author states that the new antidrugs legal system did not bring about the decriminalization of drug use-related conducts, nor a significant evolution in the criminal prevention field, except for the inclusion of a *sui generis* punitive system, which is doubtful and symbolic in character.

He believes that the revision set forth in article 28 of Law n. 11,343/2006 shows the incredulity of the legislator at criminal penalty as an adequate tool to protect public health, for, although it set an unique type of criminal penalty, it kept the possibility of applying new sanctions to misdemeanors, designed to cause a merely symbolic effect.

He discusses the effectiveness of such punishments, which, in his opinion, lack a specific preventive nature, once they lead the reeducated offender neither to ressocialization nor to the understanding about the harmful effects of repeated drug use.

## KEYWORDS

Criminal Law; drug – use, user; public health; Law n. 11,343/2006 – article 28; Bill n. 7,134/2002 – article 22; criminal penalty; educative measure.

Isaac Sabbá Guimarães é Promotor de Justiça no Estado de Santa Catarina.